

# VU Research Portal

## Case note: ABRvS

Stronks, M.C.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Stronks, M. C., (2015). *Case note: ABRvS*, No. 189, Apr 22, 2015. (Jurisprudentie vreemdelingenrecht; Vol. 2015).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

1. Deze zaak gaat over een driejarig kind (dat inmiddels tien is). Het meisje – in de zaak voortdurend als ‘vreemdeling 1’ aangeduid – is in april 2008 met haar familie uit Centraal-Irak naar Nederland gekomen. Nog op 15 juli van datzelfde jaar heeft de staatssecretaris haar een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd verleend op grond van het gevoerde categoriale beschermingsbeleid voor asielzoekers uit die regio. Op 10 december 2009 wordt het meisje medegedeeld dat het betreffende beschermingsbeleid was beëindigd, en wel per 22 november 2008 en dat de staatssecretaris een nieuw besluit op de asielaanvraag zal nemen. Bij besluit van 2 mei 2011 is de verblijfsvergunning ingetrokken met terugwerkende kracht tot 22 november 2008. Op 9 augustus 2013 wijst de staatssecretaris vervolgens aanvragen voor een verblijfsvergunning regulier af, het bezwaar daartegen is op 16 januari 2014 ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het daartegen ingestelde beroep op 8 mei 2014 gegrond verklaard. De uitspraak van de Afdeling in hoger beroep is op 26 november 2014.

2. De centrale vraag in deze zaak is of de weigering om het meisje verblijf toe te staan in Nederland een schending van het in artikel 8 EVRM vervatte recht op privéleven betekent. Bij de beantwoording van deze vraag draait alles om de kwalificatie van de tijd die het meisje in Nederland heeft verbleven sinds zij op driejarige leeftijd arriveerde. De artikel-8 jurisprudentie van het Straatsburgse Hof over deze kwestie is niet eenduidig en biedt allerlei aan tijd gerelateerde handvatten bij de beoordeling. Ik zal in het navolgende laten zien dat de belangenafweging in de jurisprudentie van artikel 8 EVRM in belangrijke mate afhangt van de vraag wat de vreemdeling van de toekomst mag verwachten en dat de tijd daarin een complexe rol speelt (3-8). In het licht van deze jurisprudentie is de zaak minder eenduidig dan de Afdeling doet voorkomen (9).

3. Hoewel tijd in deze zaak een cruciale rol speelt, heeft tijdsverloop bepaald geen eenduidig gewicht. Sommige tijd weegt juridisch gezien nu eenmaal zwaarder dan andere in de belangenafweging van artikel 8 EVRM. Een belangrijke vraag is of de vreemdeling een gerechtvaardigde verwachting had om zijn familie- en privéleven voort te zetten in het land van aankomst. Wanneer het privé- en/of familieleven van de migrant is ontstaan in een tijd dat de migrant zich bewust was van zijn onzekere verblijfsrechtelijke status, dan moet er sprake zijn van ‘uitzonderlijke omstandigheden’ wil een schending van artikel 8 EVRM worden aangenomen (de bekende ‘uitzonderlijke omstandigheden-toets’ uit *Rodrigues da Silva en Hoogkamer*, EHRM 31 januari 2006, 50435/99, par 39-43, JV 2006/90, m. nt. P. Boeles, ve06000165). Als de vreemdeling mag verwachten dat hij zijn familie- en privéleven mag voortzetten in het gastland (bijv. omdat hij een verblijfsvergunning heeft verkregen), dan betekent dit dat zijn tijd in het gastland zwaar weegt. Mag hij dit niet verwachten, dan is de tijd van minder gewicht. Deze vraag naar de toekomstverwachting lijkt met deze beschrijving evenwel overzichtelijker dan deze in de werkelijkheid van de Straatsburgse jurisprudentie is. Ik zal hier drie complicerende factoren uitlichten die betrokken moeten worden bij deze afweging: de verwachting van kinderen (4,5,6), de vraag op welk moment precies moet worden bepaald wat een gerechtvaardigde verwachting is (7) en het niet-handelen van de overheid (8).

4. De vraag naar de verwachting van de toekomst wordt een stuk ingewikkelder als er kinderen in het spel zijn. Kunnen kinderen worden vereenzelvigd met hun ouders? Als ouders wetenschap hebben van hun precare verblijfsstatus, mag deze wetenschap dan ook aan de kinderen worden toegerekend? Deze laatste vraag speelde bijvoorbeeld in *Butt tegen Noorwegen* (JV 2013/85, m. nt. M. Stronks, ve12002426), waarin het Hof - met een nogal omslachtige redenering - tot de conclusie kwam dat zo’n bewustzijn van de ouders aan kinderen mag worden toegekend (omdat anders kinderen een vrijbrief worden voor verblijfsrechtelijke aanspraken), maar dat hierop uitzonderingen mogelijk zijn. Een van die uitzonderingen betrof de vraag wanneer het kind *feitelijk te weten kwam* dat zijn toekomst in het land onzeker was. In de zaak van de broers Butt ging het inmiddels om jongvolwassenen, waardoor het belang van het kind niet afzonderlijk werd gewogen (op zichzelf vreemd), hadden zij jaren in de veronderstelling geleefd dat zij verblijfsaanspraken hadden en was de moeder inmiddels uitgezet en daarna overleden (zodat het gevaar dat zij ook een verblijfsvergunning zou krijgen sowieso was geweken). Uit de jurisprudentie valt zo niet af te leiden wanneer het precies een argument wordt dat kinderen niet wisten dat hun verblijfsstatus onzeker was en of het daarbij nog uitmaakt hoe oud het kind is (kan een driejarige weten dat zijn status onzeker is? En een negenjarige?). Duidelijk is wel dat de

vraag of 'de vreemdeling' mocht verwachten dat zijn leven in het land mocht worden voortgezet, afhankelijk kan zijn van de vraag of deze vreemdeling een kind is.

5. Als er sprake is van een kind, betekent dit niet dat het belang van het kind een andere toets impliceert of altijd prevaleert, het blijft gaan om een belangenafweging van alle aspecten van de zaak. Wel is het zo dat het belang van het kind veel gewicht in de schaal legt en zo'n uitzonderlijk argument kan zijn dat de afweging in het voordeel van de vreemdeling doet uitslaan, zelfs als er sprake is van een 'uitzonderlijke omstandigheden toets' (zie bijv. *Nunez*, tegen Noorwegen, par 84, JV 2011/402, m. nt. S.K. van Walsum, ve11001542).

6. Een volgend aspect dat de verwachting van de toekomst compliceert als er kinderen in het spel zijn, is de vraag of het kind makkelijk zal aarden in het land van herkomst. Dat gaat dan niet zozeer om de vraag of sprake is van de 'bijzondere-omstandigheden-toets', maar veeleer gaat het dan om een van de belangen in die beoordeling (dus een mogelijke zeer bijzondere omstandigheid). Het vreemde is dat er in de Straatsburgse jurisprudentie hieromtrent twee elkaar uitsluitende argumenten aanwezig zijn, waarvan de samenhang onduidelijk is. Het ene argument, ook door de Afdeling in de onderhavige zaak gebruikt, is dat waarin gesteld wordt dat het kind van een 'adaptable' leeftijd is (zie bijv. *Darren Omoregie tegen Noorwegen*, JV 2008/330 m.nt. P. Boeles, par. 65, ve08001343; *Kaplan tegen Noorwegen*, JV 2014/320, m. nt. Werner, ve14001379). Op basis van de jonge leeftijd van het kind wordt verondersteld dat hij zich nog makkelijk aanpast aan de nieuwe situatie in het land van herkomst. In zo'n geval zal er dus niet snel worden aangenomen dat er een bijzondere omstandigheid is om het leven toch in het gastland voort te zetten. Wat die 'adaptable' leeftijd echter precies is, is onduidelijk (het kind in *Darren Omoregie* was bijvoorbeeld nog geen één jaar ten tijde van de beslissing, in *Kaplan* had het kind ook die leeftijd op het moment dat de ouder op het punt van uitzetten stond, na het hoger beroep was het kind 5 jaar. Het moment van beoordeling is echter van groot belang zoals we zullen zien in 7). Het andere argument betreft de 'formative years' van een kind. Wanneer een kind zijn 'vormende jaren' in een land heeft doorgebracht, bindt hem dit sterk aan het land, hetgeen een belangrijk argument is in de belangenafweging (zie bijv. *Omojudi tegen Verenigd Koninkrijk*, par. 45, JV 2010/27 m. nt. M.A.G. Reurs, ve09001647. De 'vormende jaren' en 'aanpassingsjaren' lijken me uitsluitende categorieën: de eerste maken dat het kind minder makkelijk weg kan, de laatste dat het kind makkelijk kan vertrekken. Wat echter precies deze vormende jaren zijn, blijft net zo onduidelijk als de vraag wanneer de 'aanpassingsjaren' nu precies ophouden. Hoewel het Hof daarover niets zegt, zou het me overtuigend lijken om aan te sluiten bij de leeftijd dat een kind naar school gaat (ergens tussen 2-4 jaar). Voor dat moment zou het kind nog op een leeftijd zijn dat hij zich eenvoudig kan aanpassen, daarna weegt het feit dat hij zijn vormende jaren in het land doorbracht zwaarder. En dan geldt vanzelfsprekend, hoe meer vormende jaren, hoe zwaarder het gewicht van die jaren in de afweging.

7. Bij al het voorgaande speelt echter een andere vraag van tijd, die al het overige in een nieuw daglicht stelt: Wat is het beoordelingsmoment? Het maakt vanzelfsprekend nogal veel uit of het moment van het besluit leidend is voor deze vragen, het moment van het (finale) rechterlijke oordeel, of het moment van de aanvraag van de verblijfsvergunning. Wanneer de vreemdeling zijn familie- en privéleven is begonnen in de wetenschap dat zijn status precair was, kan hij minder verwachten van artikel 8 EVRM, dan wanneer zijn toekomst op dat moment zeker aan het land van aankomst gebonden leek. Maar wat nu als de toekomst eerst zeker leek en na verloop van tijd, onzeker werd? Betekent dat dan dat de tijd die voordat de onzekerheid is ingetreden geldt als zekere tijd en die daarna als onzekere? En hoe moeten die twee dan precies worden gewogen? Hetzelfde probleem van tijdsverloop geldt bij de vraag of het kind zich nog makkelijk kan aanpassen of hier juist al stevig gevormd is. In dit soort zaken gaat er vaak nogal wat tijd voorbij voordat er een finaal oordeel is geveld, moet deze tijd worden meegewogen? Het Hof heeft eerder wel gesteld dat een toets onder artikel 8 EVRM bij een uitzetting *ex nunc* moet zijn (*A.A. tegen Verenigd Koninkrijk*, par 67, JV 2011/484, m.nt. S.K. van Walsum, ve11002239), omdat anders de bescherming theoretisch en illusoir zou worden. Dat zou ervoor pleiten dat ook de vraag naar de leeftijd van het kind *ex nunc* wordt beoordeeld. Evengoed is daarmee het pleit dan niet beslecht. Het zou dan nog kunnen betekenen dat het kind weliswaar zijn vormende jaren in het land heeft doorgebracht, maar dat andere belangen zwaarder wegen. Wel zijn we dan van de bevreedende situatie af dat een kind juridisch gezien door de jaren heen dezelfde leeftijd

houdt (bijv. drie jaar); alsof er niet een écht kind, met een échte leeftijd moet worden uitgezet aan het einde van de procedure.

8. Het laatste complicerende aspect dat ik wil uitlichten raakt aan het vorige omdat het ook gaat over de tijd die is verstreken sinds het besluit. In toenemende mate is in de jurisprudentie van het Hof te zien dat het niet-handelen van de staat na verloop van tijd aan de staat kan worden tegen geworpen (zie bijv. *A.A. tegen Verenigd Koninkrijk*, par. 66, JV 2011/484; *Nunez tegen Noorwegen*, par. 82, JV 2011/402, m.nt. S.K. van Walsum, ve11001542; *Kaplan tegen Noorwegen*, par. 96, JV 2014/320, m. nt. Werner, ve14001379; *Jeunesse tegen Nederland*, par. 116, JV 2014/343, m. nt. Boeles, ve14001538). Zoals uit het voorgaande blijkt is de constructie van een verwachting van de toekomst van groot belang in de belangenafweging onder artikel 8 EVRM. Dat is duidelijk zichtbaar bij de verwachting of het kind zich makkelijk in een nieuw land zal kunnen aanpassen, maar ook bij de vraag of de vreemdeling *kon verwachten* dat het door artikel 8 beschermde leven in het gastland mocht worden voortgezet. Zo'n verwachting dat zijn leven zich in het land zal voortzetten ontstaat als de staat daar expliciet mee heeft ingestemd (door een verblijfsvergunning te geven). Maar wat gebeurt er nu als een staat niet-handelt? Dan ontstaat er met de tijd een vertrouwen dat de staat berust, dat de staat de situatie gedoogd zoals deze is en ook in de toekomst niet zal handelen om het besluit te effectueren. Zo'n gedoogconstructie levert een opgewekt vertrouwen op, en ook dit opgewekte vertrouwen is volgens het Straatsburgse Hof veel waard in de belangenafweging. Zo kan vertrouwen dat het leven in het gastland mag worden voortgezet ontstaan door een expliciete toezegging én doordat de staat langdurig niet-handelt en daarmee langzaam vertrouwen opwekt.

9. Terug naar de zaak van de Afdeling. Op 26 november 2014 verbleef het driejarige meisje uit de onderhavige zaak, ruim 6,5 jaar in Nederland en was zij inmiddels tien jaar. Uit het voorgaande mag blijken dat het voor de belangenafweging onder artikel 8 EVRM nogal cruciaal is hoe deze tijd precies wordt gewogen. De Afdeling stelt zich kennelijk op het standpunt dat de brief waarin wordt gemeld dat het categoriale beschermingsbeleid is ingetrokken en er opnieuw naar de asielaanvraag zal worden gekeken, als ijkpunt dient voor de beoordeling onder artikel 8 EVRM. Om die reden houdt het argument van de vreemdeling dat gedurende 29 maanden banden met de samenleving zijn aangegaan terwijl de verblijfsstatus niet precair was (er was een verblijfsvergunning), geen stand. Aangenomen dat dit een juist ijkpunt is voor de beoordeling, is naar mijn idee de motivering voor de belangenafweging onder artikel 8 EVRM niet overtuigend. Het lijkt me dat, zelfs met een enigszins terughoudende toets, tenminste op de hiervoor opgeworpen vragen moet worden ingegaan. Wat is de betekenis voor de belangenafweging van het feit dat de vreemdeling dan misschien geen 29 maanden rechtmatig verblijf heeft gehad waarin de banden zijn opgebouwd, maar wel 16 maanden (tot de brief) feitelijk en niet ten onrechte in de veronderstelling heeft geleefd dat zijn door artikel 8 beschermde leven in het land mocht worden voortgezet? Is onder artikel 8 EVRM een *ex nunc* toets vereist ten aanzien van de vraag of het kind zich eenvoudig kan aanpassen aan het leven in het land van herkomst? En tot slot, mag, in het licht van de recente Straatsburgse jurisprudentie (en ook de Afdelingsuitspraak van 25 maart 2015), het treuzelen van de staat, ten aanzien van het besluit op de asielaanvraag, de mededeling van de intrekking van het categoriale beschermingsbeleid alsmede de niet-uitzetting sindsdien, de staat worden tegengeworpen in de belangenafweging omdat dit een gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt?

10. Tijdsverloop is voor een juridische procedure vervelend. Naar mate de tijd vordert ontstaan er nieuwe complexe vraagstukken, kan de belangenafweging veranderen en eigenlijk wordt het er zelden eenvoudiger op. In het recht bestaan allerlei procedures om de problemen van tijdsverloop te beteugelen (ex tunc-toets, verbod op inbreng nieuwe feiten, etcetera), maar de kwestie van tijd kan niet gewoonweg worden genegeerd. Mij lijkt het dat een behoorlijke motivering op zijn plaats is wanneer een tienjarig meisje juridisch gezien nog altijd drie jaar is.

**Martijn Stronks, Promovendus Vrije Universiteit Amsterdam**